

Handels- und Wirtschaftsrecht II (HS 2023)

Musterlösung

Die folgende Musterlösung ist ein Lösungsvorschlag für die Prüfungsaufgaben. Andere, korrekte Lösungsansätze wurden bei guter wettbewerbsrechtlicher Argumentation ebenfalls mit Punkten honoriert. Bei der Korrektur wurde der Schwerpunkt auf eine korrekte und saubere Subsumtion gelegt.

| Fall 1 (72 Punkte) ≈ 75% | Maximale Punktzahl |
|--|--------------------|
| Frage 1.1: Ist das Verhalten der Starlight Entertainment mit Art. 7 KG vereinbar? | 66 |
| I. Geltungsbereich | 9.5 |
| Zunächst ist zu prüfen, ob der Geltungsbereich des Kartellgesetzes¹ eröffnet ist. Unterschieden werden kann der persönliche, sachliche und zeitliche Geltungsbereich (Art. 2 KG). | |
| A. Persönlicher Geltungsbereich Der persönliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes umfasst Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). | |
| Als Unternehmen gelten dabei sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). | |
| <i>Bei SE und M handelt es sich somit um Unternehmen des Privatrechts, die im Wirtschaftsprozess Güter und Dienstleistungen anbieten. Der persönliche Geltungsbereich ist folglich eröffnet.</i> | |
| B. Sachlicher Geltungsbereich Das KG regelt sachlich Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, die Ausübung von Marktmacht und die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen. | |
| <i>Gem. SV wird das Verhalten der SE im Verhältnis zu M thematisiert, die beide in gewisser Hinsicht im Wettbewerb miteinander stehen. Zudem geht es gem. Fragestellung um Ausübung von Marktmacht (Art. 7 KG) sowie Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9 ff. KG), weshalb der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist.</i> | |

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

| | |
|---|-----------------|
| <p>C. Räumlicher Geltungsbereich</p> <p>Das KG ist grundsätzlich zunächst aufgrund des Territorialitätsprinzips auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz abspielen. Eine extraterritoriale Erweiterung des räumlichen Geltungsbereichs ergibt sich indes aufgrund von Art. 2 Abs. 2 KG: Demnach ist das KG (auch) auf Sachverhalte anwendbar, die zwar im Ausland veranlasst werden, sich jedoch in der Schweiz auswirken (sog. Marktauswirkungsprinzip).</p> | |
| <p><i>M hat ihren Sitz in der Schweiz, SE ist hingegen im Ausland (Frankreich) domiziliert. Das Marktverhalten der SE (Erhöhung der Lizenzgebühren um 55%, Beteiligung am Ticketpreis von 35%, Senkung der eigenen Ticketpreise um 30%) wirkt sich dabei auf den relevanten Markt in der Schweiz aus (die Preispolitik der SE wirkt sich gar derart negativ auf M aus, dass sie nicht mehr profitabel sind), weshalb der räumliche Geltungsbereich eröffnet ist.</i></p> | |
| <p>Nach einem Teil der Literatur genügt nicht jegliche Auswirkung, um die Geltung des Kartellgesetzes in örtlicher Hinsicht zu begründen.² Erforderlich sei, im Sinne einer de minimis-Schwelle, dass die Auswirkung auf den inländischen Markt unmittelbar und wesentlich sein müsse, damit das Kartellgesetz in örtlicher Hinsicht gelte.³ Gemäss Bundesgericht sei eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich, da ansonsten bereits im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine umfassende materielle Prüfung erfolgen müsse, was die materiell-rechtlichen Bestimmungen unterlaufen würde. Das Auswirkungsprinzip biete grundsätzlich einen genügenden Zusammenhang für die Regelung von Auslandssachverhalten. Zudem verletze die Regelung nicht das völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtssetzung.⁴</p> | |
| <p><i>Die Tatsache, dass M aufgrund der Verhaltensweisen der SE derart beeinflusst wird, dass sie nicht mehr profitabel operieren kann, zeigt, dass auch bei Annahme einer de minimis-Schwelle der örtliche Anwendungsbereich eröffnet wäre.</i></p> | |
| <p>D. Zeitlicher Geltungsbereich</p> <p>Der zeitliche Geltungsbereich ist vorliegend eröffnet, da die gegenständlichen Verhaltensweisen nach Inkrafttreten des KG am 10.07.1996 bzw. nach dem Inkrafttreten der Vorschriften zur relativen Marktmacht am 01.01.2022 getätigt wurden.</p> | |
| <p>II. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften</p> | <p>6</p> |
| <p>Gem. Art. 3 Abs. 2 KG fallen unter das Gesetz keine Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.</p> | |

² Heizmann Reto/Mayer Michael, in: Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino et. al. (Hrsg.), KG Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 2 N 66.

³ Vgl. Zusammenfassung der Lehrmeinungen in BVGer B-3332/2012 vom 30.11.2015, E. 2.3.5, S. 18 m.w.N.

⁴ BGE 143 II 297 E. 3.3–8.

| | |
|---|--|
| <p>Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass nur dann von einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist, wenn Sonderschutzrechte für «rein wettbewerbsbeschränkende Ziele» zweckentfremdet und missbraucht werden.⁵ Diese Auffassung wird aufgrund der damit einhergehenden Ausweitung des immaterialgüterrechtlichen Vorbehaltes kritisiert; es wird stattdessen ein Eingreifen des Kartellrechts bereits dann angenommen, wenn «unter anderem wettbewerbsbeschränkende Ziele verfolgt werden».⁶</p> | |
| <p><i>Vorliegend ist SE Rechteinhaber der verliehenen Filme, die namentlich durch das Urheberrecht und das Markenrecht geschützt sind. Die dadurch bestehenden gesetzlichen Ausschliesslichkeitsrechte mit erga-omnes-Wirkung haben insofern dadurch Auswirkungen auf den Wettbewerb, als SE dadurch eine exklusive («Monopol»-)Stellung in Bezug auf die von ihr verliehenen Filme ermöglicht wird. Diese Wirkungen sind aufgrund Art. 3 Abs. 2 KG nicht vom Geltungsbereich des KG erfasst, da sie diesbezüglich «ausschliesslich» von immaterialgüterrechtlichen Ausschlussrechten herrühren.</i></p> | |
| <p><i>Aufgrund der im Sachverhalt beschriebenen Marktverhältnisse ist SE aus wirtschaftlichen (wie auch, in gewisser Hinsicht aufgrund der immaterialgüterrechtlichen Exklusivwirkung, rechtlichen) Gründen die einzige Bezugsquelle für Filme der nachgefragten Qualität und Quantität. Das Zusammenspiel der Verhaltensweisen von SE, d.h. die Änderung der Konditionen, insbesondere die starke Erhöhung der Lizenzgebühren um 55%, eine gleichzeitige Beteiligung an den Ticketpreisen von 35% sowie die Senkung der eigenen Ticketpreise um 30%, bewirkt insgesamt eine Einschränkung des Wettbewerbs. M ist auf die Filme der SE angewiesen, da diese dieselben Filme nicht nur verleiht, sondern auch selbst aufführt und damit in direkter Konkurrenz zu M steht.</i></p> | |
| <p><i>Somit kann davon ausgegangen werden, dass SE mit den Massnahmen bezweckt, M vom Markt der Kinobetreiber zu verdrängen, was ihr auch nahezu gelingt (M operiert aufgrund dieser Massnahmen nicht mehr profitabel, weshalb auch der Marktwert des Unternehmens rapide sinkt). SE nutzt somit seine aufgrund der immaterialgüterrechtlichen Exklusivwirkung erworbene Stellung auf dem Markt u.a. auch für wettbewerbsbeschränkende Ziele, weshalb nach der letztgenannten Lehrmeinung die angesprochenen Verhaltensweisen vom Geltungsbereich des KG erfasst sind.</i></p> | |
| <p><i>Folgt man hingegen der ersten Lehrmeinung, so ist aus dem SV jedenfalls nicht erkennbar, dass SE die exklusiven Filmrechte zweckentfremdet bzw. missbraucht und einzig dazu verwendet, den Wettbewerb zu beschränken. Nach dieser restriktiveren, auf den</i></p> | |

⁵ Botschaft KG 1995, S. 541

⁶ Weber Rolf H., in: Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino et. al. (Hrsg.), KG Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 3 N 50; Hilty, Reto M.: Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Forstmoser et al. (Hg.): Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz (Festschrift Roger Zäch), Zürich 1999, S. 333.

| | |
|--|-------------|
| <i>Rechtsmissbrauch einschränkenden Auslegung von Art. 3 Abs. 2 KG wären die beschriebenen Verhaltensweisen nicht vom Kartellgesetz erfasst.</i> | |
| <i>Einen Zusatzpunkt für Prüfung und Subsumption unter Art. 3 Abs. 1 KG</i> | |
| III. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) | 49.5 |
| Fraglich ist, ob das Verhalten der SE gegen Art. 7 KG verstösst. Art. 7 KG ist auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbar, dafür muss die SE auf dem relevanten Markt marktmächtig oder relativ marktmächtig sein. Ferner darf das Verhalten der SE nicht gegen Art. 7 KG verstossen. | |
| A. Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG) | |
| 1. Relevanter Markt Damit beurteilt werden kann, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegt, ist der relevante Markt zu bestimmen. Der Begriff des relevanten Markts wird im KG nicht definiert, es ist Art. 11 Abs. 3 VKU analog heranzuziehen. | |
| Es kann dabei zwischen dem örtlich, sachlich und zeitlich relevanten Markt unterschieden werden. | |
| Der sachliche Markt umfasst praxisgemäss jene Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als gleichartig anzusehen sind (sog. Substituierbarkeit ; Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU analog). ⁷ | |
| Die Wettbewerbsbehörden stellen in der Regel auf den sog. SSNIP-Test (<i>small but significant non-transitory increase of price</i>) ab. ⁸ <i>Alternativ:</i> Es kann auch auf die Kreuzpreiselastizität abgestellt werden, bei der analysiert wird, wie sich die Preisänderung eines Gutes auf die Nachfrage nach einem anderen Gut auswirkt. | |
| Der örtliche Markt umfasst das Gebiet , in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog). | |
| <i>Der sachlich relevante Markt für SE ist vorliegend die Lizenzierung bzw. der Verleih von europäischen Arthouse-Filmen, die als sog. «Mainstream-Arthouse» eingeordnet werden können, d.h. Filme mit bekannten europäischen Schauspielern, die sich aufgrund ihrer Gestaltung und Thematik an ein cinephiles Publikum richten.</i> | |
| <i>Der örtliche Markt ist vorliegend auf die Schweiz einzugrenzen, da die Marktgegenseite (Mondian) ausschliesslich Kinos in der Schweiz betreibt.</i> | |

⁷ Vgl. Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017, N 1457.

⁸ Vgl. Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017, N 1458.

| | |
|---|--|
| <p><i>Der zeitlich relevante Markt gibt zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass, da die Filme grundsätzlich ganzjährig angeboten werden und bspw. nicht saisonabhängig sind.</i></p> | |
| <p><i>Die SE ist vorliegend vertikal integriert: Kinoverleih und Betreiben einer Kinokette (Letzteres als nachgelagerte Handelsstufe).</i></p> | |
| <p>2. Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG (+) <i>Korrekturhinweis: Für das Erreichen der vollen Punktzahl in diesem und im nächsten Abschnitt war eine Erörterung von Art. 4 Abs. 2 und Abs. 2^{bis} KG erforderlich. Dabei konnten bei guter Argumentation andere Ansichten als in der Lösungsskizze vertreten werden.</i></p> <p>Als marktbeherrschend werden nach Art. 4 Abs. 2 KG Unternehmen betrachtet, die sich auf einem Markt von den anderen Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten. Für die Beurteilung der Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG sind als Beurteilungskriterien der aktuelle und potentielle Wettbewerb sowie die Stellung der Marktgegenseite zu betrachten. Im Rahmen des aktuellen Wettbewerbs ist die Marktstruktur anhand der Marktanteile und die Unternehmensstruktur zu beurteilen. Für den potentiellen Wettbewerb sind Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken zu analysieren.</p> | |
| <p>a) Absolute Marktanteile: - Bei Marktanteilen über 50% besteht eine starke Indizwirkung für eine marktbeherrschende Stellung. - <i>SE hat als Verleiher von Filmen einen schweizerischen Marktanteil von 40%. Ein Marktanteil von 40% vermittelt grundsätzlich (noch) keine marktbeherrschende Stellung.</i></p> | |
| <p>b) Relative Marktanteile und Unternehmensstruktur - Es sind zudem auch allfällige konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen. - <i>Gem. Sachverhalt stehen M keine Möglichkeiten offen, von anderen Verleihern ähnliche Filme in Art, Qualität und Preis (europäische Mainstream-Arthouse-Filme) zu beziehen, welche dem Zielpublikum der M entsprechen würden. Es liegt somit diesbezüglich ein konkretes Abhängigkeitsverhältnis vor.</i></p> | |
| <p>c) Potentieller Wettbewerb <i>Der Sachverhalt enthält keine konkreten Angaben zur potentiellen Konkurrenz. Da der Verleih-Markt erfahrungsgemäss höchst spezifische Branchen-Kenntnisse und -Erfahrung (Know-How) und ein entsprechendes berufliches Netzwerk innerhalb der Verleihbranche erfordert, können die Marktzutrittschranken eher tendenziell als hoch</i></p> | |

| | |
|---|--|
| <p>eingeschätzt werden, weshalb eine Offenheit des Marktes eher zu verneinen ist.</p> | |
| <p>d) Stellung der Marktgegenseite - Vorliegend bietet SE als einzigem Verleih im Schweizer Markt sog. Pakete von europäischen Mainstream-Arthouse-Filmen an; weitere Verleiher bieten nur Einzel Filme zu vergleichsweise hohen Preisen an. Die Marktgegenseite ist auf diese Pakete angewiesen. - Die Marktgegenseite kann daher eher keine disziplinierende Wirkung auf die SE ausüben.</p> | |
| <p>e) Fazit Aufgrund einer Gesamtwürdigung der vorliegenden Umstände (Marktanteil von 40%, konkretes Abhängigkeitsverhältnis sowie fehlende aktuelle und potentielle Konkurrenz) kann grundsätzlich von einer marktbeherrschenden Stellung der SE ausgegangen werden.</p> | |
| <p>3. Relative Marktmacht (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG) Mit der Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht fallen unter Art. 7 Abs. 1 KG nicht nur marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch relativ marktmächtige Unternehmen (Art. 4 Abs. 2^{bis} KG).</p> | |
| <p>a) Objektiv: Keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten Zunächst ist in objektiver Betrachtungsweise zu prüfen, ob «ausreichende» Ausweichmöglichkeiten in Gestalt anderer Angebote bestehen, die die Bedürfnisse des mutmasslich abhängigen Unternehmens ebenfalls angemessen befriedigen können.⁹ Kriterien bei der Beurteilung sind u.a., ob hinsichtlich Produkteigenschaften, Bezugskonditionen, Markenreputation und Markentreue bei den Konsumenten Alternativoptionen bestehen, die ebenfalls eine angemessene Befriedigung versprechen.¹⁰</p> | |
| <p>Vorliegend ist die SE nicht nur aufgrund der von M spezifisch nachgefragten Filme (europäische Mainstream-Arthouse-Filme), sondern auch der spezifischen Bezugskonditionen (günstigeres Paketangebot) die einzigste Anbieterin. Andere Anbieter haben entweder nur einzelne Filme im Angebot oder Filme, die nicht die nachgefragten Produkteigenschaften aufweisen (amerikanische Blockbuster-Filme). Es bestehen somit soweit ersichtlich keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten.</p> | |

⁹ Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht, 6. Dezember 2021, abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html> (nachfolgend: Merkblatt); Picht, Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz, in: sic! 6, 2022, S. 244.

¹⁰ Merkblatt, Rz. 8.

| | |
|---|--|
| <p>b) Subjektiv: Unzumutbarkeit Mit dem subjektiven Prüfkriterium der Unzumutbarkeit ist zu prüfen, ob aufgrund individueller Besonderheiten des abhängigen Unternehmens die gegebenen Ausweichmöglichkeiten als Alternative ausscheiden. Kriterien bei der Beurteilung können sein: spezifische Investitionen, Umstellungskosten, Vertragscharakteristika, betroffener Umsatzanteil, Abhängigkeitsursachen.¹¹ Fraglich ist, ob eine Unzumutbarkeit erst dann vorliegt, wenn die Beziehung zum überlegenen Unternehmen für das potentiell abhängige Unternehmen über dessen wirtschaftliche Existenzfähigkeit (auf dem betroffenen Markt) entscheidet, oder schon dann, wenn ein Ausweichen lediglich eine (erhebliche) Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation mit sich brächte.¹²</p> | |
| <p><i>Aufgrund der im Sachverhalt genannten Umstände bezieht M seine Filme «nahezu ausschliesslich» von SE, namentlich aus folgenden Gründen:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Produkteigenschaft/-Qualität: nur SE hat die jeweils aktuellen und gefragtesten europäischen Arthouse-Titel, darunter viele Gewinner der prestigeträchtigen Filmfestivals von Cannes, Venedig und Locarno. - Bezugskonditionen: Die Filme sind als Paket zu haben; die anderen Verleiher von Arthouse-Filmen für den Schweizer Markt bieten nur einzelne Filme und kleinere Pakete an. - Administrativkosten: Geschäftsbeziehungen mit vielen verschiedenen Verleihern würden den administrativen Aufwand für M und die damit verbundenen Kosten deutlich erhöhen. - Vertragscharakteristika: M profitiert von branchenüblichen Mengenrabatten aufgrund der Paket-Bündelung. | |
| <p><i>Dem SV ist zu entnehmen, dass die Änderung der Konditionen den Kinobetrieb von M betriebswirtschaftlich nicht mehr rentabel zu einem Verlustgeschäft machen würde. Auch dies lässt im konkreten Fall auf ein starkes Abhängigkeitsverhältnis schliessen, da die Geschäftsbeziehungen zu SE für M die wirtschaftliche Existenzfähigkeit bestimmen. Daher ist auch ein Ausweichen gar nicht möglich bzw. jedenfalls subjektiv unzumutbar.</i></p> | |
| <p>c) Fazit SE hat zu M eine relativ marktmächtige Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG.</p> | |

¹¹ Merkblatt, Rz. 8.

¹² Vgl. Picht, Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz, in: sic! 6, 2022, S. 244.

| | |
|--|--|
| <p>B. Unzulässigkeit missbräuchlichen Verhaltens</p> <p>Marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).</p> <p>Vorliegend lassen sich folgende Verhaltensweisen von SE identifizieren:</p> <p><i>Korrekturhinweis: Die Abgrenzung von Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch wird mit einem Zusatzpunkt bewertet. Abweichende Lösungsvorschläge werden bei guter Argumentation ebenfalls bewertet.</i></p> | |
| <p>1. Kosten-Preis-Schere (Art. 7 Abs. 1 KG)</p> | |
| <p>a) Price- oder Margin-Squeeze (+)</p> <p>Bei der Kosten-Preis-Schere (Price- oder Margin-Squeeze) setzt ein vertikal integriertes marktbeherrschendes oder marktmächtiges Unternehmen seine Endkundenpreise im Vergleich zu den Vorleistungspreisen derart tief an, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern, die auf die Vorleistung des marktbeherrschenden oder marktmächtigen Unternehmens angewiesen sind, praktisch verunmöglicht wird, auf dem Endkundenmarkt Gewinne zu erzielen, sodass diese damit vom Markt verdrängt werden.¹³</p> | |
| <p><i>SE als vertikal integriertes Unternehmen bewirkt durch eine Kombination von Konditionenänderungen, namentlich die Erhöhung der Lizenzgebühren um 55%, die Beteiligung am Ticketpreis von 35% und die zusätzliche Senkung der Endkundenpreise von SE um 30%, dass die Marge für M derart tief ausfällt, dass gem. SV kein profitabler Betrieb mehr möglich ist und M vom Markt verdrängt wird.</i></p> | |
| <p>b) Keine «legitimate business reasons»</p> <p>Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens kann unter Umständen gerechtfertigt sein. Sachliche Gründe umfassen etwa Lieferverweigerungen bei einem unzuverlässigen Schuldner oder zwingende technische Anforderungen.</p> | |
| <p><i>Dem Sachverhalt sind keine Angaben zu entnehmen, welche die Konditionenänderungen sachlich begründen könnten. Das Argument, dass der Streik in Hollywood offenbar Auswirkungen auf die europäische Filmproduktion haben soll, scheint wenig glaubwürdig und ist im Wesentlichen ein Scheinargument, da bei der Produktion der in Frage kommenden Filme europäische «Stars» beteiligt sind und keine Schauspieler aus Hollywood.</i></p> | |

¹³ Vgl. auch BGE 146 II 217 E.5, Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL.

| | |
|--|--|
| <p><i>Es sind somit keine legitimate business reasons erkennbar, welche die besagte Konditionenänderung durch SE rechtfertigen könnten.</i></p> | |
| <p>c) Fazit Es liegt ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. b KG vor.</p> | |
| <p>2. Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)</p> | |
| <p>a) Beteiligung pro Ticketpreis von 35% und 55%-ige Erhöhung der Lizenzgebühr Eine unzulässige Verhaltensweise ist gem. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen. Soweit jedoch die eigenen Leistungen des Unternehmens dafür ausschlaggebend sind, z.B. wenn das Unternehmen über ein einzigartiges Produkt verfügt, so muss es zulässig sein, die eigenen Leistungen mit einer ausserordentlich hohen Gewinnmarge zu verkaufen.¹⁴ Die Wettbewerbsbehörden haben nicht als Preisregulatoren zu wirken. Ein Einschreiten ist nur dann gerechtfertigt, wenn die festgesetzten Preise und anderen Geschäftsbedingungen schädliche Wirkungen auf die betroffenen Märkte haben, wenn z.B. Abnehmer deswegen nicht in den Markt eintreten können, also übermässige Eintrittsbarrieren errichtet werden.¹⁵ Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung kann dann vorliegen, wenn die Preise in einem Missverhältnis zur erbrachten Leistung stehen.¹⁶</p> | |
| <p>Hier ist sowohl die absolute Beteiligungshöhe als auch die Üblichkeit zu berücksichtigen. <i>Der Sachverhalt spricht davon, dass zumindest die Beteiligung an den Ticketpreisen in der Höhe von 35% «branchenunüblich» sei, was diesbezüglich ein Indiz für die Unangemessenheit sein kann. Da es sich vorliegend bei den Filmen um urheberrechtlich geschützte Werke handelt, die insofern jeweils «einzigartig» sind, kann die Beteiligung in der Höhe von 35% sowie die 55%-ige Erhöhung der Lizenzgebühr pro Filmtitel möglicherweise noch gerechtfertigt erscheinen. Auch ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist mangels der Angaben im Sachverhalt nicht ohne Weiteres anzunehmen.</i></p> | |
| <p>b) Fazit Es liegt kein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor. <i>Korrekturhinweis: Eine gegenteilige Ansicht wird bei guter Begründung entsprechend bepunktet.</i></p> | |

¹⁴ Zäch, Kartellrecht 2005, N 693.

¹⁵ RPW 2005/1, 92 f. N 244 - Swisscom Directories AG; Reinert Peter, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007, Art. 7 N 23.

¹⁶ BGE 129 II 542 E. 6.5.7; RPW 2004/3, 796 N 58 - TicketCorner).

| | |
|--|----------|
| 3. Unterbieten von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG) | |
| a) Gezielte Preisunterbietung Unzulässig gem. Art. 7 Abs. 2 lit. d KG ist die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen. Bei einer solchen gezielten Preisunterbietung nimmt das marktbeherrschende Unternehmen zeitweise Gewinneinbussen hin, rechnet aber damit, diese nach der Verdrängung von Wettbewerbern durch eine entsprechende Erhöhung der Preise kompensieren zu können. ¹⁷ | |
| <i>I.c. liegt ein sog. «predatory pricing» vor: Durch Ticketpreissenkung von 30% von wird versucht, M vom Markt zu verdrängen. Umsatzeinbussen werden hierbei über die erhöhten Lizenzgebühren quersubventioniert. Sollte M vom Markt verdrängt werden, kann SE anschliessend die Preise ungehindert erhöhen und damit die Verluste und ggf. sogar den Kaufpreis für M zu «amortisieren».</i> | |
| b) Fazit Es liegt ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. d KG vor. Legitimate business reasons (s. oben unter B.1) für diese Preissenkung sind hier ebenfalls nicht ersichtlich. | |
| <i>Korrekturhinweis: 0.5 Zusatzpunkte für einen Verweis auf Art. 8 KG</i> | |
| IV. Fazit Es liegt ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. b und d KG , dagegen kein Verstoss gegen Art. 7 Abs. II lit. c KG vor. Das Verhalten der SE ist somit nicht mit Art. 7 KG vereinbar. | 1 |
| Frage 1.2: Muss mit einem Fusionsverbot der WEKO gerechnet werden? | 6 |
| Zusammenschlusskontrolle (Art. 9 KG) | |
| I. Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 lit. b KG) | |
| Der Zusammenschlussbegriff ist in Art. 4 Abs. 3 KG definiert, wobei zwischen einer Fusion und einem Kontrollerwerb unterschieden wird. Gem. SV will SE M «kaufen», weshalb von einem geplanten Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG auszugehen ist. | |
| II. Meldepflicht? (Aufgreifkriterien) | |
| Gem. Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (lit. a); und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (lit. b). | |

¹⁷ Zäch / Heizmann, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl., Bern 2023, N 880.

| | |
|---|-------------|
| Die Meldepflicht besteht ungeachtet der Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG). | |
| Die Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG sind vorliegend nicht erreicht : Die SE erwirtschaftete 2022 einen Gesamtumsatz von CHF 450 Mio. (davon CHF 60 Mio. in der Schweiz). M erwirtschaftete nur einen Gesamtumsatz von CHF 9 Mio. | |
| Art. 9 Abs. 4 KG ist vorliegend nicht einschlägig , da die SE zwar eine marktbeherrschende oder zumindest relativ marktmächtige Stellung hat, diese aber nicht rechtskräftig festgestellt wurde. | |
| III. Fazit Es ist keine Meldepflicht gegeben ; es ist nicht mit Verbot des Zusammenschlusses zu rechnen , da bereits die Aufgreifschwelle nicht erreicht werden. | |
| Fall 2 (25,5 Punkte) ≈ 25% Frage: Welche Gestaltungsmöglichkeiten gäbe es, um Rechte an den Bildern dergestalt einzuräumen, dass diese für die Werbekampagne verwendet werden dürfen? Kann Pauline diese Einräumung rechtswirksam vornehmen? | 25.5 |
| Die Bilder könnten durch das Urheberrecht geschützt sein. Dies ist der Fall, wenn ein Werk im Sinne des URG vorliegt. Pauline müsste zudem zur Einräumung des Urheberrechts an den Bildern berechtigt sein. Fraglich ist damit, wer als Urheber:in der Bilder in Frage kommt. | 1 |
| I. Werk | 6.5 |
| A. Werkqualität gem. Art. 2 URG 1. Geistige Schöpfung der Literatur und Kunst | |
| Ein Werk muss eine geistige Schöpfung , d.h. die Äusserung gedanklicher Tätigkeit eines Menschen, sein (Art. 2 Abs. 1 URG). ¹⁸ Objekte, die ohne menschliche geistige Aktivität entstehen, haben keinen Werkcharakter. ¹⁹ | |
| <i>Die Fotografien wurden von Simone, Pauline und Luisa mit der Smartphone-Kamera unter Zuhilfenahme eines Selfiesticks durch Betätigung des Auslösers hergestellt. Es liegt somit eine geistige Schöpfung vor.²⁰ Vorliegend handelt es sich um fotografische Werke gem. Art. 2 Abs. 2 lit. g URG.</i> | |

¹⁸ BGE 130 III 172.

¹⁹ Egloff Willi, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 2 N 8.

²⁰ Vgl. aber zur Frage, inwiefern der mechanische, durch den Fotoapparat geleistete Anteil an der Erzeugung und Individualisierung des Werkes den menschlichen Anteil überwiegen kann BGE 130 III 168 E. 4.5 m.w.H.

| | |
|---|--|
| <p>2. Individueller Charakter</p> | |
| <p>Das Werk muss Ergebnis einer schöpferischen Tätigkeit sein, wobei der individuelle Charakter im Werk selbst zum Ausdruck kommen muss.²¹ Der geforderte individuelle Charakter kann im Sinne von «Einmaligkeit» und «Neuheit» verstanden werden und ist nach objektiven Kriterien und relativ zum entsprechenden Werkumfeld zu beurteilen.²² Das Bundesgericht stellt auf den kreativen Gestaltungsspielraum ab, der dem Urheber verbleibt: Wo dieser klein ist, wird der urheberrechtliche Schutz schon gewährt, wenn bloss ein geringer Grad an selbständiger Tätigkeit vorliegt.²³ Die statistische Einmaligkeit kann ein Kriterium zur Beurteilung darstellen.²⁴ Die Bestimmung des individuellen Charakters von Fotografien ist praxisgemäss schwierig.²⁵</p> | |
| <p><i>Vorliegend handelt es sich um «Urlaubselfies», d.h. um «Schnappschüsse», welche den Urlaub und die Eindrücke dokumentieren sollen. Diese werden erfahrungsgemäss spontan und ohne grösseren Aufwand bzw. Vorbereitung hinsichtlich Motivauswahl, Bildkomposition, Beleuchtung etc. getätigt. Fehlende Vorbereitungsleistungen oder Aufwand bei der Herstellung bedeuten zwar nicht zwangsläufig, dass die Bilder keinen individuellen Charakter aufweisen, jedoch dürften sich die Bilder nicht derart von anderen Urlaubselfies abheben, dass ihnen eine Einmaligkeit zugesprochen werden könnte. Der individuelle Charakter ist daher tendenziell zu verneinen.</i></p> <p><i>Korrekturhinweis: Bei guter Begründung kann auch die gegenteilige Ansicht entsprechend bepunktet werden.</i></p> | |
| <p>3. Lichtbildschutz</p> <p>Die Bilder geniessen unabhängig davon, ob sie individuellen Charakter aufweisen, urheberrechtlichen Schutz gem. Art. 2 Abs. 3^{bis} URG (Lichtbildschutz), da sie eine fotografische Wiedergabe dreidimensionaler Objekte sind.</p> | |
| <p>B. Fazit</p> <p><i>Die Bilder sind urheberrechtlich geschützt.</i></p> | |

²¹ BGE 143 III 373 und 130 III 168.

²² Egloff Willi, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 2 N 13.

²³ BGE 143 III 373.

²⁴ Vgl. BGE 130 III 168 E. 4.4 m.w.H.

²⁵ Vgl. BGE 130 III 168 und BGE 130 III 714; Egloff Willi, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 2 N 15.

| | |
|--|----------|
| II. Schutzdauer und Schutzschranken | 2 |
| <p>- Die Schutzdauer beträgt gem. Art. 30 Abs. 1 lit. b URG 70 Jahre. <i>Die vorliegend zur Diskussion stehende Rechteeinräumung ereignet sich 5 Jahre nach Herstellung der Fotografien, weshalb diese noch urheberrechtlich geschützt sind.</i></p> <p>- Nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 URG dürfen veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden. <i>Vorliegend sind die Fotos bisher wohl nicht veröffentlicht, zudem handelt es sich nicht um Eigengebrauch i.S.v. Art. 19 Abs. 1 S. 2 lit. a oder c URG, da eine professionelle Werbekampagne angestrebt wird.</i></p> | |
| III. Miturheberschaft (+) | 7 |
| Haben mehrere Personen als Urheber oder Urheberinnen an der Schaffung eines Werks mitgewirkt, so steht ihnen das Urheberrecht gemeinschaftlich zu (Art. 7 Abs. 1 URG). | |
| <i>S, L und P steht das Urheberrecht gemeinschaftlich zu, da sie jeweils den Auslöser gemeinsam betätigt haben.</i> | |
| Lassen sich die einzelnen Beiträge trennen und ist nichts anderes vereinbart, so darf jeder Miturheber und jede Miturheberin den eigenen Beitrag selbständig verwenden, wenn dadurch die Verwertung des gemeinsamen Werkes nicht beeinträchtigt wird (Art. 7 Abs. 4 URG). | |
| <i>Vorliegend lassen sich die einzelnen Beiträge nicht trennen, da gem. SV S, L und P jeweils den Auslöser gleichzeitig betätigt haben.</i> | |
| Haben sie nichts anderes vereinbart, so können sie das Werk nur mit Zustimmung aller verwenden; die Zustimmung darf nicht wider Treu und Glauben verweigert werden (Art. 7 Abs. 2 URG). | |
| <i>Vorliegen finden sich keine Hinweise im Sachverhalt, dass eine Regelung bezüglich der Verwendung getroffen haben oder sie etwas Abweichendes vereinbart haben. Daher kann Pauline ohne die Zustimmung der Miturheberinnen Simone und Luisa nicht über die Bilder verfügen.</i> | |
| <i>Vermutlich hätten Simone und Luisa berechtigte Gründe, die Zustimmung zu weigern, da sie auf den Bildern zu sehen sind und sie vielleicht nicht auf Werbeplakaten zu sehen sein wollen.</i> | |
| <i>Korrekturhinweis: Eine abweichende Ansicht ist bei guter Begründung entsprechend zu bepunkten.</i> | |
| IV. Verwendung des Werks | 2 |
| Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen , ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). | |
| <i>Vorliegend geht es um die Übertragung der Rechte für die Werbekampagne, weshalb dies eine Verwendung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 URG darstellt (vgl. die einzelnen Verwertungsarten- bzw. Möglichkeiten unten).</i> | |

| | |
|---|------------------------------------|
| Da das Urheberrecht an den Bildern S, L und P gemeinschaftlich (zu gesamter Hand) zusteht, bedarf es der Zustimmung von S und L, damit P die Rechte an Iris übertragen kann. | |
| V. Rechtsverkehr | 7 |
| Urheberrechte sind übertragbar und vererblich (Art. 16 Abs. 1 URG). | |
| Zu unterscheiden ist die Übertragung der Urheberrechte von der (blossen) Einräumung der Nutzungsrechte (Lizenzierung) . Dabei können auch einzelne Teilrechte eingeräumt werden. | |
| Übertragung der Urheberrechte: Hierbei wird das (Voll-)Recht übertragen . Dem Urheber verbleiben in der Regel lediglich die unübertragbaren Urheberpersönlichkeitsrechte (vgl. Art. 9 und 15 URG). | |
| Einräumung von Nutzungsrechten: Es wird (entgeltlich oder unentgeltlich) die Erlaubnis zur Nutzung eingeräumt. Dabei kann die Erlaubnis zur Nutzung in zeitlicher, sachlicher und örtlicher Hinsicht spezifiziert werden. Dem Urheber bzw. dem Rechteinhaber verbleiben jedoch die Urheberrechte. | |
| <i>Zur Nutzung der Bilder im Rahmen der geplanten Werbekampagne müssten vorliegend insbesondere folgende Rechte übertragen bzw. eingeräumt werden:</i> | |
| - das Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) | |
| - das Verbreitungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG) | |
| - das Recht auf Vorführung / Wahrnehmbarmachung (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) | |
| - <i>weitere Rechte?</i> | |
| <i>Korrekturhinweis: Bei Nennung weiterer Nutzungsarten, die für die Umsetzung der Werbekampagne plausibel erscheinen, können bei guter Begründung bis zu zwei Zusatzpunkte vergeben werden.</i> | |
| Total | 97.5 + 4.5 Zusatzpunkte |